

VU Research Portal

Het voetspoor van Smallsteps

Bouwens, Willem

published in

Tijdschrift voor Recht en Arbeid
2017

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W. (2017). Het voetspoor van Smallsteps. *Tijdschrift voor Recht en Arbeid*, 2018(1), 12-15. [2018/4].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Het voetspoor van Smallsteps

TRA 2018/13

In deze bijdrage bespreekt de auteur de effecten van het Smallsteps-arrest voor pre-pack- en andere insolventieprocedures. Tevens besteedt hij aandacht aan de gevolgen van het arrest voor de bij insolvente ondernemingen betrokken werknemers. Verder formuleert hij een concreet voorstel om de belangen van de crediteuren van een insolvente werkgever, diens werknemers en de samenleving meer met elkaar in balans te brengen.

1. Inleiding

Het Smallsteps-arrest roept diverse vragen op. Hierna bespreek ik een aantal daarvan aan de orde. Ziet het oordeel van het Hof van Justitie uitsluitend op de pre-pack, of worden ook andere voorbereide doorstarts erdoor geraakt? En wat zijn de gevolgen van het arrest voor de werknemers die in dienst waren bij de failliete werkgever? Vervolgens stel ik aan de orde wat het arrest betekent voor de doorstartpraktijk en formuleer ik een concreet voorstel om de belangen van de bij een insolvente onderneming betrokken partijen en de samenleving meer met elkaar in balans te brengen.

2. De reikwijdte van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG

In het Smallsteps-arrest beantwoordt het Hof van Justitie de vraag of de in art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG inzake het behoud van rechten en verplichtingen bij overgang van ondernemingen opgenomen uitzondering voor de faillissementsprocedure, zich ook uitstrekt tot de situatie dat de overname plaatsvindt in het kader van een pre-pack. Als bekend, beantwoordt het Hof die vraag ontkennend.² Het stelt in zijn overwegingen voorop dat de richtlijn beoogt werknemers te beschermen en dat genoemd artikellid, gelet op zijn uitzonderingskarakter, strikt moet worden uitgelegd. Vervolgens – en dat is cruciaal – merkt het Hof op dat de uitzondering slechts van toepassing is wanneer aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan (punt 44). In de eerste plaats moet de vervreemder verwickeld zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure. Voorts moet deze procedure zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. En ten slotte moet zij onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie. Aan de eerste voorwaarde is in de *Estro*-zaak voldaan. De overname door Smallsteps werd weliswaar voorbereid vóór de faillietverklaring, maar pas uitgevoerd na dat moment. Bij de tweede en derde voorwaarde gaat het echter mis.

Een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt – dat wil zeggen, bedoeld is om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare delen daarvan veilig te stellen – voldoet volgens het Hof ‘vanzelfsprekend’ niet aan de voorwaarde dat deze wordt ingeleid met oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.³ Een pre-pack wordt ingezet om tot in de kleinste details de overdracht na de faillietverklaring voor te bereiden en aldus een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming. Op die manier wordt de onderbreking vermeden die het gevolg zou zijn van de plotselinge stopzetting van de activiteiten op de datum van de faillietverklaring, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden blijven. Volgens het Hof beoogt ‘een dergelijke transactie’ uiteindelijk niet de ‘liquidatie van de onderneming’ (punt 50). Het economische en sociale doel van de richtlijn rechtvaardigen daarom niet dat de werknemers worden beroofd van de rechten die deze hun toekent. Dat de betreffende procedure mede bedoeld is om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren, doet daaraan niet af (punt 51).

Met betrekking tot de derde voorwaarde overweegt het Hof dat de pre-pack geen enkele grondslag heeft in de nationale wetgeving. De ondernemingsleiding neemt in de voorbereidingsfase de besluiten die gericht zijn op de verkoop van de onderneming na faillissement. De beoogd curator en beoogd rechter-commissaris beschikken in die fase formeel over geen enkele bevoegdheid. Om de pre-pack te doen slagen moet de rechter-commissaris wel reeds vóór de faillietverklaring op de hoogte zijn gesteld van de voorgenomen overdracht en in feite hebben aangegeven daartegen geen bezwaar te hebben. Volgens het Hof kan aldus het toezicht op de faillissementsprocedure grotendeels worden uitgehold.

De uitspraak van het Hof van Justitie raakt niet alleen de informele pre-packpraktijk die zich de afgelopen jaren in Nederland heeft ontwikkeld, maar ook de wet die deze praktijk een formele basis wil geven, de Wet Continuïteit Ondernemingen I.⁴ Deze voorziet weliswaar in het vereiste van toezicht door een bevoegde overheidsinstantie, maar het hoofddoel van de in te voeren procedure is ontegenzeggelijk de voortzetting van de onderneming. Dat zij tevens opbrengstmaximalisatie ten behoeve van de schuldeisers beoogt, kan de toepasselijkheid van de regeling inzake overgang van onderneming – zo leert het arrest – niet uitsluiten.⁵

¹ Willem Bouwens is hoogleraar Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.

² HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

³ Het Hof verwijst daarbij naar zijn jurisprudentie onder de voorloper van de huidige richtlijn, Richtlijn 77/187/EEG: HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994/168 (*d'Urso*) en HvJ EG 7 december 1995, NJ 1996/743 (*Spano/Fiat*). Zie over de vraag of dit standpunt, gelet op deze jurisprudentie, werkelijk zo vanzelfsprekend was: R.C.M. van Moorsel, ‘Food for thought’, *TvI* 2017/32.

⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 2.

⁵ Vgl. J.R. Hurenkamp, ‘Ondergang van onderneming door de pre-pack?’, *TvI* 2017/21.

Het belang van het *Smallsteps*-arrest gaat naar mijn mening echter verder. Door de drie voorwaarden uitdrukkelijk cumulatief te stellen, maakt het Hof van Justitie duidelijk dat niet elke overdracht na faillissement onder de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG valt. Het Hof kent doorslaggevende betekenis toe aan de vraag of 'een dergelijke transactie uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt'. Ook wanneer het formele doel van de procedure de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar is, zal de toepassing daarvan in het concrete geval derhalve mee kunnen brengen dat de door de richtlijn aan de werknemers geboden bescherming van toepassing is. Is die concrete toepassing erop gericht het operationele karakter van de onderneming (of de levensvatbare onderdelen daarvan) veilig te stellen, dan wacht de transactie hetzelfde lot als de doorstart in de *Smallsteps*-zaak. Dit betekent dat het arrest in mijn optiek niet alleen ziet op de pre-pack, maar in ieder geval ook op situaties waarin een ('technisch') faillissement de opmaat vormt voor een doorstart die (al dan niet tijdens surseance) voorafgaand aan de faillietverklaring in detail is voorbereid.⁶

3. De gevolgen voor de betrokken werknemers

Welke gevolgen het arrest voor de betrokken werknemers heeft, hangt in de eerste plaats af van de vraag of art. 7:666 BW richtlijnconform kan worden uitgelegd of dat zulks *contra legem* zou zijn. Deze vraag komt uitgebreid aan de orde in de bijdrage van Peters en De Waele in deze special. Hierna ga ik ervan uit dat een dergelijke interpretatie, gelet op de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de Hoge Raad, inderdaad mogelijk is.⁷

De gevolgen van het arrest verschillen afhankelijk van de vraag of we te maken hebben met personen die werkzaam waren bij de overgenomen vestigingen van de failliet of bij de vestigingen die definitief werden gesloten. Alleen de werknemers werkzaam in de overgenomen vestigingen zijn op grond van art. 7:663 BW van rechtswege in dienst gekomen bij de doorstarter. De anderen kunnen aan die bepaling geen rechten ontleen. Zij zijn ook na de overdracht in dienst van Estro gebleven. Hun arbeidsovereenkomst is vervolgens rechtsgeldig opgezegd door de curator.

Omdat de opzegging door de curator plaatsvond na de overdracht van de onderneming, had deze slechts het beoogde rechtsgevolg ten aanzien van de groep werknemers in de niet-overgenomen vestigingen. De anderen waren op dat

moment immers niet meer in dienst van de failliet.⁸ Hun arbeidsovereenkomst is derhalve niet rechtsgeldig beëindigd. Zou de curator de arbeidsovereenkomst vóór de overdracht hebben opgezegd, dan hadden werknemers van de overgenomen vestigingen een beroep moeten doen op het verbod van opzegging (louter) wegens de overgang van de onderneming (art. 7:670 lid 8 BW) om in dienst te blijven bij de doorstarter. Daarvoor geldt een korte vervalt termijn.⁹ Europeesrechtelijk is het gebruik van dergelijke fatale termijnen toegestaan zolang de algemene beginselen van het Unierecht geëerbiedigd worden. De vervalttermijnen mogen niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en zij mogen de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet feitelijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doelmatigheids- of effectiviteitsbeginsel).¹⁰ Op dit punt is ons nationale recht – behoudens het geval dat de overgang meer dan twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd plaatsvindt – niet in strijd met de vereisten die het Unierecht stelt.¹¹

Smallsteps heeft een groot aantal werknemers dat werkzaam was in de overgenomen vestigingen, een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden. Voor deze werknemers is het arrest in zoverre van belang dat, ingeval de nieuwe arbeidsvoorwaarden in voor hen ongunstige zin afwijken van de condities zoals die golden bij Estro, zij alsnog nakoming van die gunstiger arbeidsvoorwaarden kunnen afdwingen. Dat zij hun handtekening onder het nieuwe contract hebben gezet, doet daar niet aan af. De bescherming die de richtlijn biedt, is van openbare orde. Werknemers kunnen niet afzien van de rechten die de richtlijn hun toekent. Hun rechten mogen niet worden verminderd, ook niet met hun instemming.¹²

Ook degenen die in de overgenomen vestigingen werkten maar die geen aanbod hebben gekregen om mee over te gaan, zijn van rechtswege in dienst gekomen van Smallsteps. Zij kunnen de doorstartende ondernemer alsnog aanspreken tot betaling van het loon c.a. Het gaat om het gehele onbetaald gebleven loon, ook over het verleden, tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst (alsnog)

6 Vgl. P.R.W. Schaink, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps', *Tvl* 2017/22, par. 4; J. van der Pijl, 'Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie', *TvAO* 2017/3, p. 126, kent aan het arrest een (nog) ruimer toepassingsbereik toe. Volgens hem gaat het niet om de vraag of voorafgaand aan het faillissement reeds voorbereidingen zijn getroffen gericht op een doorstart, maar om de intentie waarmee de procedure wordt ingeleid. Anders: L.G. Verburg, 'Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft', *FIP* 2017/334 en Ktr. Alkmaar 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423, die het arrest een beperktere reikwijdte toekennen.

7 Zie o.m. HvJ EU 24 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), pt. 27, en HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780 (*Albron*), r.o. 3.24.

8 Vgl. J.R. Hurenkamp, 'Ondergang van onderneming door de pre-pack?', *Tvl* 2017/21 en P.R.W. Schaink, 'Het Smallsteps-arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?', *ArbeidsRecht* 2017/34.

9 Destijds art. 7:677 lid 5; thans art. 7:681 lid 1, onder b, BW jo. art. 7:686a lid 4, onder a, BW.

10 Zie onder meer HvJ 16 december 1976, Jur. 1976, p. 1989 (*Rewe*); HvJ 16 december 1976, Jur. 1976, p. 2043 (*Comet*); HvJ 25 juli 1991, Jur. 1991, p. 4269 (*Emmott*); HvJ 16 mei 2000, JAR 2000/153 (*Preston*) en HvJ 15 april 2008, JAR 2008/130 (*Impact*).

11 Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, 'Ontslag wegens overgang van onderneming', in: *Vrienden door Duk en dun*, Deventer: Kluwer 2011, p. 125, waarin ik tevens uiteenzet waarom sinds de introductie van art. 7:670 lid 8 BW per 1 juli 2002 geen sprake meer is van een nietigheid (als aangenomen in HR 29 december 1995, NJ 1996/418 (*Buyck/Van den Aamele*)) bij schending van het opzegverbod van thans art. 4 Richtlijn 2001/23/EG. Zie voor een tegengesteld standpunt de bijdrage van I. Zaal elders in deze special.

12 HvJ 10 februari 1988, NJ 1990/423 (*Daddy's Dance Hall*), HvJ 25 juli 1991, NJ 1994/168 (*d'Urso*) en HvJ 6 november 2003, JAR 2003/297 (*Martin/SBU*).

rechtsgeldig is beëindigd.¹³ De oorzaak dat niet is gewerkt, behoort in het onderhavige geval in redelijkheid voor rekening van de doorstarter te komen (art. 7:628 BW). Dat geldt naar mijn mening ook indien de werknemer zich niet uitdrukkelijk jegens Smallsteps bereid heeft verklaard om de overeengekomen arbeid te verrichten.¹⁴ Eenzelfde standpunt zou ik willen verdedigen ten aanzien van de werknemers in de overgenomen vestigingen die wel een aanbod van Smallsteps hebben gekregen, maar dit hebben afgewezen, bijvoorbeeld omdat dat aanbod in negatieve afweke van hetgeen bij Estro gold. Deze werknemers kunnen mijns inziens niet aan deze afwijzing worden gehouden, omdat zij door Smallsteps onjuist en/of onvolledig zijn voorgelicht omtrent hun rechtspositie na indienstreding.¹⁵

4. Naar een nieuwe balans

De hiervoor beschreven gevolgen gelden niet alleen voor Smallsteps, maar *mutatis mutandis* ook voor andere ondernemingen die de afgelopen jaren na faillissement een voorbereide doorstart hebben gemaakt of de komende jaren nog zullen maken. Dit heeft mogelijk onwenselijk te achten consequenties voor de doorstartpraktijk.¹⁶ Indien alle werknemers, inclusief hun onvervulde aanspraken, overgaan naar de doorstarter, zal dit de voor de onderneming te ontvangen koopprijs drukken. De verplichtingen ten opzichte van de werknemers kunnen een potentiële overnemer ervan weerhouden de onderneming op voor de boedel aanvaardbare voorwaarden over te nemen. Een en ander kan ertoe leiden dat de curator zich met het oog op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gedwongen ziet de onderneming te liquideren en de activa afzonderlijk te verkopen.¹⁷ Werkgelegenheid, die behouden zou zijn gebleven bij niet-toepassing van de richtlijn, kan dan mogelijk verloren gaan. Het volledig buiten toepassing laten van de regeling inzake overgang van ondernemingen heeft echter ook ongewenste effecten. Gevolg daarvan is immers dat de betrokken werknemers zijn overgeleverd aan de willekeur van de doorstartende ondernemer. Hem staat het in dat geval vrij om te beslissen of en zo ja, welke werknemers hij overneemt en onder welke voorwaarden. Vooral oudere en zwakkere werknemers kunnen daarvan de dupe worden. Het betrekkelijke gemak waarmee de onderneming zich kan ontdoen van personeel, heeft soms zelfs tot gevolg dat voor een faillissement wordt gekozen in gevallen waarin een buitenge-

rechtelijke reorganisatie niet per se onmogelijk is. Dit zet vaak kwaad bloed bij de betrokken werknemers, zeker wanneer de overnemende partij – als bestuurder of aandeelhouder – gelieerd was aan de insolvente onderneming en medeverantwoordelijk was voor de financiële malaise waarin de onderneming is komen te verkeren. Ook andere werkgevers worden door die praktijk gedupeerd. De doorstartende partij kan immers, afgeslankt en bevrijd van achterstallige betalingsverplichtingen jegens werknemers, onder bijzonder gunstige omstandigheden de concurrentiestrijd hervatten.¹⁸ De ondernemingen die voorzigtiger opereren en zich niet aan hun arbeidsrechtelijke verplichtingen onttrekken, worden daardoor op achterstand gezet. Dit gebeurt bovendien voor een belangrijk deel op kosten van de, mede door hen gevulde, publieke kas (i.e. de loongarantieregeling van art. 61 e.v. WW).

Een betere balans tussen de bij de insolvente onderneming betrokken belangen zou kunnen worden bereikt, door de bepalingen betreffende overgang van onderneming van toepassing te verklaren op alle insolventieprocedures, maar tevens gebruik te maken van de in art. 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG neergelegde mogelijkheden om de gevolgen daarvan te mitigeren.¹⁹ Deze mogelijkheden zien niet alleen op de procedures die op liquidatie van de boedel zijn gericht, maar ook op andere insolventieprocedures, zoals de surseance van betaling. Ook een wettelijk geregelde pre-packprocedure zou onder dit bijzondere regime kunnen worden gebracht.

Onderdeel (a) van art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG maakt het lidstaten mogelijk te bepalen dat de verkrijger van de onderneming niet aansprakelijk is voor de (achterstallige) betalingsverplichtingen van de insolvente werkgever die zijn ontstaan vóór de overgang of vóór de insolventieprocedure. De richtlijn stelt voor een dergelijke beperking als eis dat de nationale wetgeving een bescherming biedt die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven door Richtlijn 80/987/EEG inzake de instelling van een waarborgfonds dat aanspraken van werknemers honoreert die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten met een insolvente werkgever. Aan die voorwaarde voldoet Nederland. De loongarantieregeling van art. 61 e.v. WW biedt deze bescherming en staat ook open voor werknemers in dienst van een werkgever aan wie surseance is verleend of die anderszins verkeert in blijvende toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.²⁰

13 Zie voor de gevolgen van het arrest voor de aanspraken die werknemers kunnen ontlenen aan Hoofdstuk IV van de WW (de 'loongarantieregeling'): P.R.W. Schaink, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps', *Tvl* 2017/22.

14 Vgl. HR 19 december 2003, *NJ* 2004/269 (*Hema/P. II*) en Hof Amsterdam 8 december 2005, *JAR* 2006/132.

15 Vgl. HR 26 oktober 2007, *JAR* 2007/285 (*Rabobank/Allard*) en HR 26 juni 2009, *JAR* 2009/183 (*Bos/Pax*).

16 Zie voor het hiernavolgende eerder: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, 'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief', *TAP* 2016/172.

17 Vgl. de overwegingen van het Hof van Justitie in de *Abels*-zaak van 17 februari 1985, *NJ* 1985/900 en de toelichting van de Europese Commissie bij het oorspronkelijke voorstel tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG, *COM* (94) 300 def, p. 10.

18 Ook de regering erkent dat een doorstart uit faillissement vaak concurrentievalsende effecten heeft. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 29.

19 Vgl. o.a. P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 1999, p. 127-132; A.T.J.M. Jacobs & R.D. Vriesendorp, *Werknemersrechten in faillissement. Een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag 2000, p. 71; G.J.J. Heerma van Voss, 'De positie van de werknemer bij insolventie en overgang van onderneming', in: *Onderneming en werknemer*, Deventer: Kluwer 2001, p. 235-236; P. Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking*, diss. Amsterdam (UvA) 2015; N.M.Q. van der Neut, 'Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?', *TRA* 2017/88.

20 Zie ook CRvB 10 maart 2004, *USZ* 2004/158.

Onderdeel (b) van art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG verklaart de lidstaten voorts bevoegd te bepalen dat de verkrijger en de vervreemder (of zijn vertegenwoordiger) enerzijds en vertegenwoordigers van werknemers anderzijds wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden kunnen overeenkomen, bedoeld om de werkgelegenheid te verzekeren door het voortbestaan van de onderneming te verzekeren.²¹

Omdat toepasselijkheid van de regeling inzake overgang van onderneming tot gevolg heeft dat in beginsel alle werknemers overgaan op de verkrijger, terwijl de financiële toestand van de insolvente onderneming veelal een (ingrijpende) sanering noodzakelijk maakt, zou de beperking van de gevolgen van een overgang van onderneming in hiervoor vermelde zin gecombineerd kunnen worden met een 'verlicht' ontslagregime. Richtlijn 2001/23/EG staat daar niet aan in de weg. Art. 4 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG bepaalt uitdrukkelijk dat de overgang geen beletsel vormt voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid meebrengen. Dat verlichte regime hoeft niet beperkt te blijven tot het faillissement, maar kan ook van toepassing worden verklaard op andere insolventieprocedures, zoals de surseance. Een dergelijk verlicht ontslagregime zou kunnen inhouden dat, behoudens duidelijke aanwijzingen voor het tegendeel, de insolventverklaring een bedrijfseconomische noodzaak voor opzegging oplevert. Dit kan (marginaal) getoetst worden door de rechter-commissaris; toestemming van het UWV zou – ook tijdens surseance – niet (meer) nodig zijn. Om te verzekeren dat het ontslag inderdaad wegens het vervallen van arbeidsplaatsen heeft plaatsgevonden, zou op degene die na opening van een insolventieprocedure de exploitatie van de onderneming voortzet of hervat, ten slotte een verplichting moeten komen te rusten vergelijkbaar met de wederindienstnemingsverplichting van art. 7:681 lid 1 sub d BW. Ingeval dezelfde of een nieuwe ondernemer de activiteiten van (het onderdeel van) de insolvente onderneming binnen 26 weken na de opzegging van de arbeidsovereenkomst voortzet of hervat, moet deze doorstarter – behoudens andersluidende cao-afspraken – de werknemer(s) die bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel het laatst voor ontslag in aanmerking zou(den) zijn gekomen onder de gebruikelijke arbeidsvoorwaarden een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbieden.²²

5. Afronding

Het hiervoor uiteengezette systeem brengt een nieuw evenwicht in de belangen van de verschillende partijen die bij een faillissement zijn betrokken. Het belang van de schuldeisers wordt gediend doordat ontslag van werknemers – en

daarmee een beperking van het verder oplopen van de boedelschulden – na opening van de insolventieprocedure betrekkelijk eenvoudig is. Voor een potentiële overnemer worden de risico's van een doorstart beperkt door een snelle sanering van het personeelsbestand mogelijk te maken en de achterstallige loon- en andere betalingsverplichtingen niet over te laten gaan.²³ Het voorstel dient tevens de belangen van de betrokken werknemers door een einde te maken aan de volstreekte willekeur waaraan zij bij een doorstart worden blootgesteld.

Door dit systeem te introduceren voor alle in de Faillissementswet geregelde insolventieprocedures, zou de surseanceprocedure bovendien weer aantrekkelijker kunnen worden als saneringsinstrument. Ook de pre-pack zou door zijn 'stille fase' weer meerwaarde krijgen ten opzichte van een 'normaal' faillissement. Ten slotte zou aldus een definitief einde worden gemaakt aan de aanhoudende discussie in de literatuur en rechtspraak welke insolventieprocedures nu wel, en welke niet onder de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG vallen. Ik zie daarnaar uit.

21 Om de bereidheid van werknemers om in te stemmen met een (tijdelijke) loonsverlaging te stimuleren, verdient het mijns inziens aanbeveling de WW- en WIA-aanspraken van de betrokken werknemers te waarborgen door de algemene dagloongarantie van art. 12 lid 1 Dagloonbesluit werknemersverzekeringen uit te breiden tot alle gevallen waarin sprake is van een doorstart na opening van een insolventieprocedure, derhalve ook die waarin geen sprake is van een beëindiging van de dienstbetrekking.

22 Vgl. m.b.t. reguliere bedrijfseconomische ontslagen: art. 19 Ontslagregeling.

23 Overwogen zou nog kunnen worden ook de bepalingen inzake opvolgend werkgeverschap uit te schakelen (zie in het bijzonder art. 7:668a lid 2 en 7:673 lid 4 BW). In dat geval ligt het mijns inziens wel in de rede werknemers ter zake van de bij de insolvente werkgever 'opgebouwde' transitievergoeding een (al dan niet gemaximeerde) aanspraak op de loongarantieregeling toe te kennen.